

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES *ON LINE*: ALGUNOS COMENTARIOS Y REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

José Heriberto GARCÍA PEÑA*

Los sistemas para prevenir, conocer y, en su caso, resolver las controversias que surjan... son muchos y muy variados... Conocerlos y prepararse para participar activamente en su ejercicio es deber fundamental, máxime cuando... obedecen a sistemas culturales diversos...

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *E-commerce: nuevo modelo de comercio*. III. *El uso de métodos alternos para solucionar controversias*. IV. *Ley aplicable y jurisdicción competente*. V. *Aplicación en México*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento del derecho mercantil como un derecho de clase, particular de los comerciantes, y no como un derecho común, aunque tuviera el carácter de derecho privado, era aplicable solamente a ellos como “me-

* Agradezco la colaboración de la alumna Yanett Quiroz, quien actualmente cursa la maestría en derecho internacional en la Escuela de Graduados en Administración y Políticas Públicas (EGAP) del Tecnológico de Monterrey, campus ciudad de México.

** *El TLC, Controversias, soluciones y otros temas conexos*, presentación y reconocimiento a la 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. XV.

canismo” de defensa y protección de las actividades económicas que realizaban y como forma expedita de dirimir los conflictos que se presentaban. Fueron las mismas organizaciones de comerciantes las que se encargaron de determinar lo que había de entenderse por *comerciante* en forma privativa, resolviendo que ello dependería de que en la matrícula apareciera inscrito el sujeto, y si ese registro estaba en manos de las organizaciones de comerciantes.

Poco a poco, el contenido de este nuevo derecho creció y se difundió, impulsado no sólo por el desarrollo del comercio a través de los distintos regímenes económicos, sino que lentamente se fue reconociendo el carácter comercial de ciertos actos, a base de su ejecución continua y frecuente por parte de los comerciantes. “Se inició así el cambio del sistema subjetivo al objetivo, el cual encontró plena consagración en el Código de Comercio Napoleónico de 1808”.¹

Hoy en día se plantea que con el mismo “no se crea al Comercio ni a las Prácticas Comerciales, sino que es un producto de ellas”,² siendo una rama eminentemente evolutiva; basta en ocasiones la presencia de una invención, de un nuevo procedimiento de reclamo, la posibilidad de explotación de alguna nueva riqueza, para que el campo jurídico comercial se vea enriquecido en forma automática y precise de disposiciones para enmarcar actos, contratos, formas y efectos no calculados en la ley hasta ese momento, imponiéndose así una reforma legal con urgencia.

Asimismo, la muy frecuente admisión de los sectores comerciales para el estudio, discusión y aprobación de leyes que afectan a la industria comercial hace que a menudo se sacrifique la técnica en beneficio de las circunstancias económicas imperantes, y que han de ser justamente enmarcadas en la nueva ley. “El Derecho Mercantil actual es... un Derecho Internacional vivo y vibrante que nos toca cotidianamente”.³ Por eso es preciso encontrar soluciones concretas a las cuestiones que plantea la vida comercial o a los actos comerciales que realicen toda clase de personas aplicando la normativa idónea y en el momento más adecuado.

En la actualidad, en un mundo rodeado de tecnología y desarrollo informático, las relaciones entre los individuos se establecen de manera di-

¹ Barrera Graf, Jorge, *Estudios de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1993, p. 246.

² Graham, Luis Enrique, *Seminario de derecho mercantil internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, marzo de 1999.

³ Herrmann, Gerold, ex secretario general a la Uncitral, *Seminario de derecho mercantil internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, marzo de 1999.

ferente. La evolución de las tecnologías de la información a pasos agigantados crea expectativas en varios campos, tanto en la vida económica de los individuos como en los estudios jurídicos. Existe un gran interés por reglamentar, o, mejor, erradicar las lagunas normativas, y por consiguiente, inseguridades frente a las apenas nacientes relaciones por medios electrónicos. Asimismo, la extensión de las operaciones de tantas corporaciones, empresarios y profesionales por todo el mundo se debe en gran medida a la existencia de la Internet. Para poder acompañar este proceso y participar con posibilidades de éxito en el mercado internacional, muchos países debieron reestructurar sus telecomunicaciones y modernizar sus empresas operadoras para hacerlas realmente competitivas. Existe una relación muy directa entre globalización, modernización, nuevas tecnologías y nuevos servicios; pero es en este último donde se han desarrollado las cosas más increíbles (servicios de voz, datos, sonidos e imágenes), entre otros, orientados a muchos sectores del mercado. Hoy existen servicios de videoconferencias, transmisión de datos, intercambios electrónicos y, por supuesto, compraventa de bienes, que están revolucionando nuestra vida en el hogar y en el trabajo.

Pero aparecen nuevos elementos e interrogantes a resolver: ¿es concebible que se realice una transacción comercial perfecta a través de Internet?, ¿se podrá firmar un contrato entre las partes y será válido por esta vía?, ¿cómo se realizaría el pago del servicio prestado?, pero sobre todo ¿a dónde acudir para dirimir las controversias comerciales *on line* —o sea, en línea—?

II. *E-COMMERCE*: NUEVO MODELO DE COMERCIO

Todo un nuevo mundo de hechos y fenómenos económicos y estructurales originan la marcha del derecho hacia nuevas categorías. Actualmente aparecen varias organizaciones internacionales que sirven de marco jurídico-institucional al comercio a escala mundial, y entre las más destacadas podrían mencionarse a la Organización Mundial del Comercio (conocida por las siglas OMC), que sustituyó al GATT a partir del 1o. de enero de 1995 como uno de los acuerdos de la Ronda de Uruguay; y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por las siglas Uncitral, en inglés o CNUDMI en español) establecida por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución

2205 del 17 de diciembre de 1966, con objeto de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Es precisamente en esta última en la que centraremos nuestro análisis a partir de su importancia en el campo del derecho mercantil.

La Uncitral es la primera organización en la historia para la unificación del derecho mercantil internacional. Fue la que primero cobró conciencia de los futuros cambios que se avecindaban para el comercio en los finales del presente siglo y el inicio del nuevo milenio.

Los cambios en materia de telecomunicaciones requerían un análisis legal para poner más a tono con la nueva coyuntura en materia de globalización y transnacionalización de las actividades comerciales. Muchas de nuestras leyes nacionales no daban respuesta a lo planteado, y sobre todo se necesitaba ganar en uniformidad o en armonía legislativas. Entonces con la Uncitral se comienzan a dar pasos sólidos para un total reconocimiento de las reglas y procedimientos internacionales para el *E-commerce* (cuya traducción al español es *comercio electrónico*), y en consonancia con esto la organización promulgó en 1996 la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (la cual denominaremos Ley Modelo, a los efectos de abreviar), que tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información; por ejemplo: el intercambio electrónico de datos (en inglés EDI), el correo electrónico y la telecopia (fax, telefax) con o sin soporte, como sería el Internet. Esta Ley se basa en el establecimiento de un equivalente funcional de conceptos conocidos en el tráfico comercial que se opera sobre papel, como son: *escrito, firma, original*. La misma ley proporciona los criterios para apreciar el valor jurídico de los mensajes electrónicos, aumentando el uso de las comunicaciones que operan sin escrito en papel. Además, como complemento de las normas generales, aparecen normas para el comercio electrónico en áreas especiales, como sería el transporte de mercancías, entre otras.

Asimismo, la Uncitral ha expedido una *Guía para la Incorporación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico al Derecho Interno de cada País* (en lo sucesivo la llamaremos *Guía*, a los efectos de abreviar). Sus destinatarios principales son la rama del Ejecutivo, los cuerpos legislativos y los tribunales de justicia, según los casos.

El comercio electrónico (lo identificaré en este trabajo por las siglas CE para efectos de abreviar) constituye hoy un elemento muy importante en los grandes flujos comerciales y en los profundos cambios que se ope-

ran en el mundo de los negocios, las inversiones y el comercio a partir de la masiva introducción de las nuevas tecnologías de la información. Es un elemento esencial de las estrategias de desarrollo, de participación en el crecimiento y una de las principales puertas de entrada a la sociedad de la información.

La participación de los micros, pero sobre todo de pequeños y medianos empresarios, es decisiva para otorgarle al CE contenido y valor y convertirlo en un auténtico mecanismo de interacción comercial. El comercio realizado a través de la Internet es un nuevo instrumento de integración de los mercados internacionales, que mejora la competitividad, además de que aumenta la información de las empresas sobre la utilización de nuevas tecnologías. La industria moderna se caracteriza por un incremento en la capacidad de los suministradores, la competitividad global y las expectativas de los compradores, y en respuesta el comercio mundial está cambiando en organización y forma de actuar, se desbordan las antiguas estructuras y se eliminan barreras jerárquicas y entre empresas, así como entre proveedores y clientes.

Como uno de los vehículos principales del cambio, el CE permite a las empresas ser más eficientes y flexibles en sus operaciones, dar mejor respuesta a las necesidades de los clientes y seleccionar los mejores proveedores sin importar su localización geográfica al ofertar sus productos en un mercado global. Estaba concebido inicialmente como medio complementario de otras formas de comercio, pero en realidad se está proyectando como un nuevo modelo de comercio⁴ usando las nuevas tecnologías, que por su relación costo-beneficio están al alcance de casi todas las empresas. Actualmente el comercio electrónico está cambiando la forma de hacer negocios en muchos sectores de todo el mundo, y las prácticas legales también varían, con el fin de reflejar las necesidades legales de dichos negocios. El comercio electrónico se convierte rápidamente en un componente cada vez más importante de la práctica legal general sobre sociedades mercantiles. Para estar a la altura del reto de ofrecer asesoramiento legal a la mayoría de los sectores, los buenos abogados especiali-

⁴ Un estudio elaborado a finales de 2000 por Cisco Systems y la Universidad de Texas expresa que la economía de Internet sólo en Estados Unidos es de tal magnitud, que podría calificarse como una de las mayores del mundo, situada después de Suiza en términos de producto interno bruto (tomado de *www.monografias.com* —artículo: “Globalización y gestión *on-line*”— Proaño Ana C. *et al.*, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Ciencias Administrativas).

zados en comercio electrónico deberán reducir al mínimo los riesgos y aumentar al máximo las oportunidades de sus clientes, sea cual sea la tecnología utilizada.

Hoy en día, el comercio electrónico no es sólo para los sectores de tecnología punta, sino que se ha convertido en una opción empresarial viable para generar ingresos. La única incertidumbre está en las direcciones que tomarán muestras futuras leyes para permitir que el comercio electrónico crezca. Algunos expertos opinan que: “en cierta forma el comercio electrónico comenzó antes de la Internet, mediante transacciones comerciales por télex, teléfono y fax”,⁵ pero el desarrollo de la *web* global motivó que alcanzara mayor auge, por su masividad y rapidez de operación.⁶ Su acepción más general es “acercar el comprador al fabricante por medios electrónicos”, lo cual implica eliminación de intermediarios, reducción de costos y una filosofía diferente en la forma de comprar y vender, y lo que es más importante, de obtener información para esas gestiones.

En un sentido amplio, el CE “involucra cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos”⁷ (es decir, que incluye el fax, el télex, el teléfono, el EDI —*electronic data interchange*— y la Internet).

Sin embargo, en un sentido limitado, consideraremos al CE como “la parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas o abiertas) mediante la relación entre oferta y demanda; y para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y de telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y costos”.⁸

Abarca, por tanto, todas las formas en que puede desarrollarse el comercio:

⁵ Fernández, Juan, coordinador de la Comisión Nacional de Comercio Electrónico de Cuba (tomado de *www.monografias.com*).

⁶ Hay alrededor de 515 millones de empresas con páginas *web*. Las inversiones de compañías y corporaciones en iniciativas de Internet sólo de Estados Unidos, que en 1999 totalizaron 85 mil millones de dólares, se incrementaron un 139% para el 2002, con una cifra de más de 203 mil millones. Las cifras de las compras por *E-commerce* son astronómicas, con pronósticos reservados de un billón 318 mil millones de dólares durante el 2003, según la International Data Corporation. Actualmente hay más de 700 millones de usuarios de Internet, y la previsión para el final del 2003 fue superior a 900 millones (tomado de *www.monografias.com, op. cit.,* nota 5).

⁷ Sarra, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 279.

⁸ *Idem*.

- Entre Estados;
- Entre Estados y empresas;
- Entre Estados y particulares;
- Entre empresas;
- Entre empresas y consumidores;
- Entre consumidores.

Sus denominaciones y definiciones han ido evolucionando, por lo que es posible encontrar sinónimos tales como: *e-business*; *e-commerce* y hasta *m-business* (aunque hay que reconocer que actualmente la denominación más generalizada es la de *e-commerce* (por la creación y proliferación de negocios electrónicos vía el comercio en la red de la Internet).

Desde este punto de vista, se pueden establecer dos categorías de CE: indirecto y directo. En el primero se realiza la selección y pedido de las mercancías, insumos o materias primas por medios electrónicos, y se envían al cliente final por los canales tradicionales, lo cual requiere una logística de apoyo en transportes e infraestructura. En la segunda, la selección, pedido, envío y pago se realizan totalmente en línea, a través de la misma red mundial, lo cual abarata considerablemente los costos para el fabricante o distribuidor. Este tipo de CE sólo puede realizarse, evidentemente, con mercancías denominadas “intangibles”, cuyo ciclo total de venta, pago y entrega puede realizarse por Internet: vídeos, fotos, libros, revistas, programas de computación y música, entre otros.⁹

Los principios generales de la Ley Modelo a señalar son los siguientes:

1. Facilitar el empleo de medios electrónicos de comunicación para el comercio en el interior y más allá de las fronteras nacionales (por eso también se conoce como *comercio transfronterizo*).
2. Validar todas las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información.
3. Fomentar el uso y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información.

⁹ Otra modalidad de CE directo es la realización de reservaciones turísticas y pasajes de avión por Internet, en la cual ya están incursionando algunas empresas cubanas, como Transtur, Viazul y cadenas hoteleras de la isla. En la situación de Cuba, las características del CE directo son importantes, pues no requiere barcos o aviones para el traslado de las mercancías con un ahorro sustancial en tiempo, dinero y esfuerzo, además de permitir saltarse el embargo económico de Estados Unidos acentuado por las leyes Torricelli y Helms-Burton (tomado de www.monografias.com, *op. cit.*, nota 6).

4. Promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia.
5. Apoyar las nuevas prácticas comerciales.

En función de los objetivos que nos trazamos para este artículo o monografía, nos referiremos ahora a la posibilidad de contemplar un análisis de las normas que deberán aplicarse a la resolución de controversias entre comerciantes privados en el intercambio de productos, mercancías, bienes y servicios, siempre y cuando se encuentren en diferentes países o las mercancías, bienes y servicios se importen y exporten cruzando las fronteras nacionales. Para esto me baso en la idea de que "...la ley no es solo una colección de reglamentos y normas, sino un sistema de relaciones legales",¹⁰ pero sobre todo con incidencia directa a instituciones como el arbitraje y en particular la mediación como método alternativo de solución de controversias comerciales *on line*, por considerarlos esenciales a tener en cuenta por los Estados al momento de aplicar su derecho interno usando estas instituciones vinculadas al uso y la práctica mercantil internacional actual.

III. EL USO DE MÉTODOS ALTERNOS PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS

Sabemos que las controversias contractuales pueden resolverse por negociación directa, métodos alternos para la resolución de disputas, el arbitraje o el litigio judicial, y dependerá mucho de la relación contractual y de lo que ésta implique el decidir cuál será la mejor vía de solución. Sin embargo, en los contratos internacionales la vía preferida es el arbitraje, y esto se debe a que una parte no desea someterse a los tribunales de otra parte, con un sistema legal que no es el suyo, y evitar costosas traducciones de los documentos implicados en una controversia al idioma del tribunal que conocerá de ella, además de que debido a las convenciones internacionales es más sencilla la ejecución de un laudo que de una sentencia extranjera.

Para el análisis de la institución del *arbitraje* tomaremos como punto de partida que se han realizado varios intentos para encontrar un procedi-

¹⁰ Allot, Philip, *The True Function of Law in the International Community*, Earl Synder Lecture in International Law delivered at Indiana University School of Law, septiembre de 1997, consultado en: <http://www.law.indiana.edu/lglslj/vol15/no2/2allot.htm>.

miento de arbitraje comercial internacional con amplia aceptación.¹¹ Algunas instituciones que se encargan de administrar arbitrajes en México son: el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco) y el Centro de Arbitraje de México (CAM), en lo doméstico, y la American Arbitration Association (AAA), para Estados Unidos. En el ámbito internacional está el International Center for Dispute Resolution (ICDR), la International Chamber of Commerce (ICC), la London Court for International Arbitration (LCIA), la Japan Commercial Arbitration Association (JCAA) y el China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), cada uno con su propio reglamento. De hecho hay que decir que por las labores de la Uncitral o CNUDMI se han alcanzado logros significativos en esta materia de arbitraje y conciliación comercial internacional.¹²

El arbitraje se contempla como una alternativa a los tribunales judiciales, pero es una fórmula de solución de controversias, no un mecanismo de impartición de justicia. En el arbitraje, a diferencia de la mediación, se busca que el tercero imparcial (heterocompositivo) llegue a una decisión que sea vinculatoria para las partes, que hasta ahora requiere ser acordado por las partes en un contrato, en el que se establece que las disputas relativas a este último serán resueltas por uno o varios árbitros.

El resurgimiento del arbitraje viene acompañado por importantes cambios. Las nuevas formas de comunicación en la red han dado origen a nuevas formas de contratación, como la contratación informática, la cual ha abierto las puertas a la resolución de conflictos con alta tecnología. En este nuevo mundo que se abre ante nosotros el arbitraje es el proceso ideal para ser utilizado fundamentalmente por su antiformalismo, pragmatismo y la posibilidad de adaptarse fácilmente a los avances tecnológicos.

¹¹ Al respecto resulta interesante ver el análisis realizado por Osvaldo Marzorati en su libro *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 775-786.

¹² La Uncitral no cuenta con una estructura propia para llevar adelante un arbitraje, pero ha proporcionado una gran cantidad de reglas que han contribuido e incidido en la unificación de leyes de arbitrajes nacionales. Véase en: <http://www.uncitral.org/sp-index.htm> lo siguiente: *Convención de Nueva York (1958)*, *los Reglamentos de Arbitraje y Conciliación (1976 y 1980)*, *las Recomendaciones a las Instituciones Arbitrales (1982)*, *la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)* y *las Notas sobre Organización del Proceso Arbitral (1996)*.

Pero yo quisiera detenerme en el estudio de otro método alternativo para solucionar controversias en el comercio internacional: la mediación. Con esto pretendo explicar un modelo que combine el arbitraje clásico o tradicional de las cortes y el uso de peritos expertos que evalúen y resuelvan las controversias que aparecerán en el contexto de las transacciones comerciales internacionales que se intercambian por la vía electrónica.

Las estadísticas nos demuestran que con mayor frecuencia se aumenta el uso de la mediación como medio para la solución de controversias comerciales. Ello se debe a su probada eficacia y a la oportunidad que brinda a las partes involucradas en una controversia de resolverla en forma amistosa.

Doctrinalmente se distingue entre mediación y conciliación, dependiendo de la labor que realice el tercero frente a las partes. En el caso de la mediación, se dice que el mediador únicamente facilita la comunicación entre las partes, mientras que el conciliador, además de facilitar la comunicación, propone alternativas a las partes para que solucionen su controversia. Como se puede notar, la diferencia entre ambos mecanismos es muy sutil y más bien doctrinal; por ello, en la práctica son referidos como sinónimos. Incluso la definición de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre conciliación comercial internacional, la nombra como mediación o conciliación, diciendo que “es el proceso en que las partes solicitan a un tercero, o a un grupo de personas, que les presten asistencia en su esfuerzo por llegar a un arreglo amigable de una controversia que se derive de una relación contractual o de otro tipo de relación jurídica o que se vincule con dichas relaciones”.

Debido a la influencia mundial del sistema de negocios y de las relaciones comerciales con Norteamérica, aparece como política el resolver conflictos tomando en cuenta las normas, reglamentos y costumbres que los comerciantes mismos proponen. “El árbitro, los jueces, y la ley misma, son solamente una reflexión de estas costumbres y normas interpuestas por los comerciantes mismos”.¹³

Por eso, lo que hace mucho tiempo se desarrolló entre los comerciantes antiguos como *lex mercatoria* ahora vuelve a nuestra sociedad y al

¹³ Rodríguez, Luciano A., *La mediación como método alternativo para resolver controversias en el comercio transnacional*, conferencia para el Seminario de Medios Alternos para Solucionar Controversias para Jueces y Empresarios, México, junio de 1999, p. 3.

ámbito de nuestras relaciones humanas y legales dentro de una comunidad transnacional en una economía global. “Habrán cambiado los nombres que usamos para describir nuestra realidad moderna, pero sigue siendo la misma realidad: el comerciante y el comercio transnacional, existen dentro de sus propias normas y costumbres”.¹⁴

A pesar de las enormes posibilidades ofrecidas por el CE, éste está teniendo un arranque desigual y, en muchos ámbitos, más lento de lo esperado, lo que ha hecho que este fenómeno haya sido estudiado bajo muy diferentes puntos de vista. No obstante, es muy frecuente encontrar resultados similares. La seguridad aparece como principal barrera, si bien en ella influye más la falta de garantías que aspectos concretos de ella, como el fraude o la delincuencia, para los que sí existen instrumentos de protección.

Por tanto, el CE exige la creación de un marco legal estable mediante la actualización de aspectos múltiples de la legislación y la regulación, como lo es necesario en las áreas de la seguridad y legalidad del propio comercio, la fiscalidad, los medios de pagos remotos y la propiedad intelectual y el nombre de los dominios. La complejidad tecnológica es un factor que actúa tanto a la hora de iniciarse como tras la implantación del comercio electrónico en la empresa. Este aspecto tiene una doble repercusión; por un lado el de los costes incurridos en la inversiones iniciales y en equipamiento y, por otro, el perfil de formación generalmente escaso o inexistente de las empresas.

Las comunicaciones están actuando también como una barrera de entrada, dado que en la actualidad tienen un costo que es considerado elevado por las Pymes y, además, tienen unas prestaciones y calidad del servicio que deben mejorar.

Al respecto dice Shapiro:

En el comercio transnacional, los requisitos de jurisdicción, noticia legal, y las fronteras de los Estados y naciones no tienen la capacidad de gobernar las transacciones entre comerciantes. Cuando se borran las fronteras, y cuando el comercio se lleva cabo sin la presencia física de la persona o bienes del comerciante, como ocurre comúnmente en las transacciones electrónicas y del Internet, también se borra la validez de las normas nacionales y estatales.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ Shapiro, Martin, *The Globalization of Law*, puede ser consultado en la dirección de Internet: <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol11/shapiro.htm>.

Dentro de las conductas realizadas en el contexto informático y el ciberespacio interesan, para el estudio jurídico las relaciones surgidas por la utilización de los medios electrónicos, entre otras, las que tienen por objeto generar algún vínculo entre las partes que otorgan su voluntad, y entre éstas las que tienen carácter internacional. Relaciones frente a las cuales se presentan incógnitas relativas a la normatividad aplicable y la jurisdicción competente, temas objeto de estudio del derecho internacional privado. Resulta necesario, por lo tanto, conocer cuáles son los destinatarios de esta actividad llevada a cabo a través de la *red*. Si éstos son, únicamente, sujetos privados —individuales o colectivos (por empresas)— o si también sujetos públicos (por administración pública) forman parte de este entramado jurídico y económico.

También resulta importante conocer si las relaciones entre sujetos están reguladas por norma específica alguna o si le son de aplicación, por analogía, normas mercantiles al uso. Al respecto, Rodríguez-Cano entiende que “resulta... que con el comercio electrónico puede decirse que surge una nueva modalidad de mercado en el que rigen con carácter general las mismas normas legales vigentes para el tráfico económico en el mercado tradicional”.¹⁶ Como resulta básico entender, el comercio electrónico viene a ser una modalidad del comercio en general (por ostentar, básicamente, sus mismas características). Sin embargo, su origen, naturaleza y devenir no dejan de singularizarlo. De aquí que una normativa específica (tanto a nivel local como internacional) deban contemplarlo y regularlo.

Por último, un destino para la norma y la norma misma quedarían *disminuidos* si no existiera una organización a través de la cual vehicular su funcionamiento. Que aquélla exista será prueba de que el *E-commerce*, por medio de esa transmisión de datos empresariales estructurados, permite la denominada contratación a distancia con plenitud jurídica, por lo que no sólo nos encontramos con un hecho jurídico que puede ser contemplado como espectadores ajenos a las partes que intervienen en el intercambio de bienes, sino, sobre todo, que lo acaecido tenga consecuencias de derecho, para lo cual cada una ellas aportará la parte de medios que les corresponda a sus propias actuaciones y necesidades.

¹⁶ Rodríguez-Cano, Alberto B., *Apuntes de derecho mercantil*, Madrid, Aranzadi Editorial, 2000 (tomado del artículo “Comercio electrónico y sujetos del *e-commerce*” del Diplomado de Derecho UNED Alzira-Valencia).

Surge así la contratación electrónica como ejemplo de intercambio entre ausentes, y se diferencia del convencional en que el medio utilizado para constituirse y formalizarse es la red. Esto se lleva a cabo por medio del denominado documento electrónico. Así, pues, nos encontramos ante un régimen general y obligatorio y un régimen excepcional puramente dispositivo.

Por último, y como aspecto a destacar, el lugar de celebración del contrato electrónico resulta ser un elemento importante; por ejemplo, para determinar la competencia jurisdiccional en caso de conflicto de intereses. Dado que en Internet pueden producirse operaciones comerciales con personas físicas o jurídicas de otros países, será fundamental incorporar una cláusula en la que señale la legislación aplicable a dicho contrato.

Cabe, entonces, ante un conflicto de intereses producido en este campo, una doble forma de encararlo: vía judicial o extrajudicial.

Así, las propias características del CE determinan que en la extrajudicial, es el arbitraje (con la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral y la evitación de burocracias judiciales) la forma a través de la que los intereses contrapuestos den una mejor salida a cada parte. El arbitraje, como medio, tiene una serie de ventajas sobre la solución judicial. Éstas son, a saber: la rapidez en su *iter* procesal, la especialización en la materia, la ausencia de publicidad, la eficacia y, por último, la reducción de la sobrecarga de trabajo de los tribunales.¹⁷

La sociedad de la información, y como ejemplo de ella el comercio electrónico, requiere de instrumentos cuya agilidad coadyuve a fomentar la confianza entre sus sujetos. Mediante el arbitraje, herramienta práctica del derecho dispositivo, las partes someten las cuestiones litigiosas a uno o varios árbitros. Por que el medio electrónico en el que se desenvuelve es especial, no sometido a límites delimitados, sino abierto a cualquier relación que dé lugar a su utilización, Merino Merchán¹⁸ entiende que “existen tres formas de finalización del proceso arbitral: el laudo de equi-

¹⁷ Ribas, Javier, en el artículo titulado “Comercio electrónico en Internet: aspectos jurídicos” (*op. cit.*, nota 17), analiza aspectos como la propiedad intelectual e industrial, los requisitos de la oferta, la resolución de conflictos, la prevención de responsabilidad civil y la prevención de delitos.

¹⁸ Merino Merchán, José Fernando en el artículo “El pacto de arbitraje en la sociedad de la información” (*op. cit.*, nota 17), analiza esta cuestión desde un punto de vista constitucional.

dad (que podríamos entender basado en el leal saber y entender del árbitro), el laudo de derecho (basado en normas en sentido estricto) y, por último, la remisión a un arbitraje exterior”.

Vemos, pues, que el arbitraje electrónico, como medio idóneo para este tipo de cuestiones, está en plena efervescencia o emergencia acorde con lo novedoso de la situación ante la que nos encontramos.

A modo de acercamiento, siquiera elemental, hago mención ahora allende al arbitraje a las características necesarias (también dentro de la vía extrajudicial) que permitirían usar a la mediación como alternativa importante al proceso jurisdiccional estatal.

Pero faltan los nuevos conocimientos, para interiorizar el rol mediador y para pensar como mediadores. Estamos carentes de modelos identificatorios, por tratarse de una disciplina nueva.

Al respecto cito a la doctora Mirta Susana Núñez:¹⁹

Por ende la mediación no era ni es:

La privatización de la justicia.

Una consejería.

Una terapia familiar.

Algo similar al tele-arbitraje.

Una actividad de intercesión religiosa.

Acudo al diccionario²⁰ para buscar la definición más común de mediación. Allí se dice que es acción y efecto de mediar. “Forma de solución pacífica de los conflictos en la que se propone una opción”. Por ende, se trata de interpretar que el mediador es el que “se interpone entre los contendientes, procurando reconciliarlos”.

Al respecto, Silva Silva hace mención a que “los centros administradores de arbitrajes emplean frecuentemente para dirimir controversias medios que corresponden no a los heterosolucionadores sino a los auto-compositivos..., como la mediación, la conciliación o la transacción”.²¹

El método alterno que propongo analizar es: la *mediación comercial como proceso elemental y básico con carácter obligatorio-evaluativo*, y que

¹⁹ Tomado de *www.monografias.com* —artículo titulado “Identidad del mediador”— también publicado en la revista *El Otro* (periódico del ámbito “Psi”). La doctora Núñez es mediadora —abogada—, psicóloga social y especialista en psicología familiar sistémica y mediación familiar de la Universidad de Buenos Aires.

²⁰ *Visual Diccionario enciclopédico*, p. 603.

²¹ *Arbitraje comercial internacional en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2001, p. 8.

evolucionará en los próximos años, dentro de los que muchos nombran para el futuro: la Lex Informática.²² En general se emplea antes o durante el proceso arbitral, y resulta realmente novedosa su implantación.

Este medio de solución de controversia utiliza a un tercero neutral e independiente, y por medio de él se facilita la negociación directa entre las partes para buscarle la solución a un problema, conflicto o desacuerdo. Aquí la característica más importante es la negociación directa entre las partes, puesto que ellas mismas buscan la solución, forjan el acuerdo y resuelven las disputas.

El tercero desempeña sólo el papel de facilitador del proceso de negociación, guiando a las partes hacia la franca discusión de la controversia y sus posibles soluciones, por lo que no debe el mediador prestar opiniones ni sugerir la resolución ni la forma del acuerdo, ni presionar a las partes hacia un acuerdo.²³

Algo importante a lograr es la reparación de las relaciones de las partes, ya que en ocasiones aun sin resolver la disputa se logra una conciliación entre las partes y la estabilización de las relaciones que la controversia interrumpió (esto es algo que quizá otros medios alternos no puedan alcanzar).

Por tanto, la sesión de mediación clásica concluye cuando las partes determinan no continuar o cuando hay un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados. Asimismo, existen las mediaciones anexas a los litigios, que se diferencian de la anterior debido a que típicamente están pendientes ante algún tribunal, o están para emplazarse demandas o reclamos judiciales pidiendo la intervención del sistema jurídico para resolver la disputa. Además, las partes llegan acompañadas por sus abogados y asesores, quienes las guiarán en las negociaciones.

De acuerdo con Linda Singer,²⁴ entre las actividades y características del mediador figuran, entre otras, las siguientes:

²² Véase Van Boom, W. H. *et al.*, *Foundations of Law On the Internet*, Note, Indiana University School of Law, que puede ser consultada en la dirección <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.htm>.

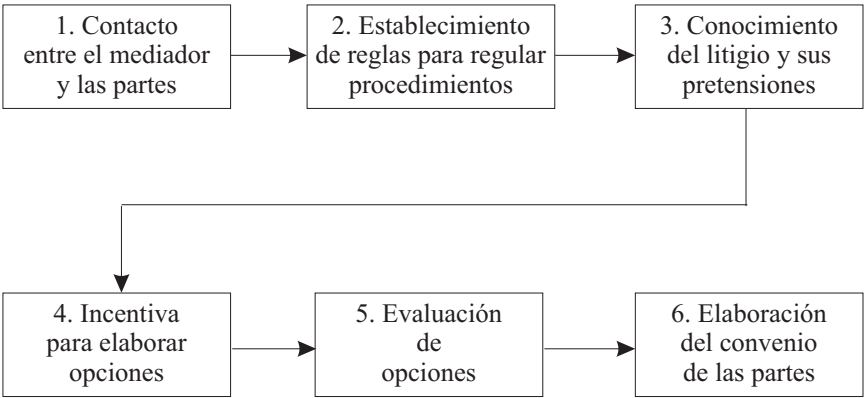
²³ Ésa es precisamente la diferencia fundamental con la conciliación (con la que a veces se confunde), porque aquí el mediador no propone el arreglo, sino que es “descubierto” por las partes litigantes.

²⁴ Singer, Linda, *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, Westview, Boulder, 1990, p. 20.

....

- b) dirige neutralmente la discusión...
- d) ayuda a las partes para que diferencien sus intereses
- e) trabaja con las partes para identificar soluciones acordes con sus necesidades...
- h) sirve como agente realista (auxilia a las partes a ser más realistas acerca de sus opciones)...
- j) actúa como agente neutralizador cuando las cosas salen mal

Al respecto, Silva Silva —sin ajustarse mucho a la idea anterior—nuncia los pasos que regulan la técnica de la mediación.²⁵



Ahora bien, es evidente que existe preocupación en la implementación de este método, puesto que existen culturas diferentes entre los propios comerciantes. Mientras más diferentes son las culturas y costumbres de los grupos, más complejas son las controversias.²⁶ Ésa es la realidad de nuestra sociedad global, y que obliga al intercambio de bienes e ideas. Hoy habría que agregar el influjo de los medios de comunicación modernos,

²⁵ *Ibidem*, p. 11.

²⁶ Incluso en los marcos del TLCAN se propician otros medios autocompositivos, como la consulta y la negociación (véase artículo 1118) y que sirven también para dirimir controversias; en otras palabras, no son las formas solucionadoras, sino que son medios que conducen al arreglo o conciliación entre las partes en litigio.

como la Internet, el e-mail, el EDI, el fax, telefax, etcétera, y que se están incorporando a la cultura jurídica de las diversas naciones a través de la globalización de las normas y costumbres del comercio. Es decir, que en un futuro cercano los conflictos y las controversias en el comercio transfronterizo se resolverán por medios electrónicos usando peritos expertos actuando como mediadores, cuyas decisiones serán respetadas por los comerciantes. Esto ahorraría tiempo y recursos, sobre todo financieros, al resolver la dificultad que exista.

Como fruto de las nuevas tecnologías ha surgido una nueva clase de arbitraje: el arbitraje telemático. Aunque la teoría sobre esta nueva variante parece clara ¿lo es también su práctica? En este tema surgen muchas dudas, como ¿tendrá validez un proceso arbitral a distancia?, ¿podremos teletransportar testigos, peritos y árbitros? Parece claro que estamos ante una etapa de cambios sin precedentes, determinante para la correcta evolución de estos nuevos procesos.

Ante esto, ¿qué hacer?

IV. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

El tema es muy complejo, porque ante cualquier alternativa de solución que pretenda darse, aparecerán problemas inherentes a la concepción de la transnacionalidad (allende fronteras), por lo que:

- Deberá establecerse entonces cierta transparencia entre los grupos comerciales para asegurar la resolución de controversias sin violencia.
- Se deberán facilitar acuerdos legales y sociales en el ámbito internacional que incluyan la manera justa y eficiente de resolver los litigios.
- También deberán establecerse acuerdos a nivel interpersonal e interempresarial e incluso interestados.

En otras palabras, se trata entonces de proponer la creación de una especie de sistema de mediación y arbitraje *on line* —con adaptaciones de uno y otro— que funcionaría mediante un centro virtual (con carácter internacional) a modo de reducir costos y tiempo que manejaría un procedimiento con dos fases:

Primera fase. Se constituiría por la mediación con el fin de buscar un mecanismo conciliador en que el mediador sería un intermediario como ente neutral que a petición de las partes las asista para llegar a un arreglo mutuo. La característica esencial es la voluntariedad y el carácter no vinculativo al proceso.

Segunda fase. Si pasado un tiempo prudencial no hubiera acuerdos (a pesar de la labor mediadora), se podría recurrir entonces al arbitraje. Este proceso lo conduciría un árbitro (o tribunal o panel arbitral), y está caracterizado por la obligatoriedad de las partes al mismo con una decisión vinculante a través de un laudo.

Al mismo tiempo, resultaría importante, además de los acuerdos internacionales de cooperación, prever mecanismos para conminar a las partes al debido cumplimiento de lo dispuesto en los laudos.

Hay algunos ejemplos, vigentes en el mundo, sobre resolución alternativas de disputas comerciales *on line*, destacándose sobre todo los relacionados con aspectos de la protección a la propiedad intelectual, sobre todo en materia de nombres de dominio.²⁷

Por otra parte, si bien ya vimos que la resolución de controversias cabe en el CE, se deben atender cuestiones mucho más complejas, tales como la determinación de la ley aplicable y la fijación de la jurisdicción competente, dando así validez a los actos jurídicos que se realizan por medios digitales.

En este sentido, resulta básico tomar en cuenta dos circunstancias:

Primera: que los usuarios de la Internet pueden conectarse desde cualquier lugar del mundo, lo cual convierte el problema en multilegal y multijurisdiccional.

Segunda: a eso debemos agregarle la cantidad de enlaces utilizando las redes digitales y las telecomunicaciones de diferentes países, que ocasiona que la información cruce la frontera de diversos países antes de llegar a su destino.

Por ende, surgen diversas cuestiones o problemas a resolver, pero sobre todo en el marco del derecho internacional privado (conocido por las

²⁷ Al respecto, debe verse la Política Uniforme del ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) aprobada en Estados Unidos en 1999, donde se establece el marco jurídico para la solución de controversias que existan entre el titular de un nombre de dominio y un tercero, a partir del registro y utilización abusiva de un nombre de dominio en la Internet.

siglas DIPRI).²⁸ Entre otras soluciones caben mencionar algunas necesarias o imprescindibles:

- En materia de jurisdicción competente, para una controversia suscitada (según la teoría y el elemento de la relación jurídica de que se trate) podrá seleccionarse la *lex fori* (tribunal o juez del foro que conoce del asunto) o la *lex rei sitae* (lugar de asiento, o lugar de la situación) de los bienes objeto de la litis.
- Referente a la legislación aplicable, algunas corrientes mencionan el criterio de *lex causae* (que regula el fondo del asunto) o a la *lex personae* (nacionalidad de las partes) o de acuerdo con la *lex loci executionis* (lugar de ejecución) o *locus regit actum* (lugar de celebración) ambos del acto.
- Además, encontramos conflictos de calificación, de cuestión previa, de reenvío, de orden público, de fraude a la ley y el de los conflictos móviles, entre otros.

Es así que la ley u orden jurídico aplicable al acuerdo arbitral toma en cuenta cuatro aspectos esenciales, que a continuación se enuncian:

1. Ley aplicable a la validez y existencia del acuerdo (será la que elijan las partes comprometentes).
2. Ley aplicable a la capacidad de los comprometentes (según el sistema que se adopte de acuerdo con la regla de conflicto: *lex domicilii*, de la residencia habitual, la del principal asiento de negocios, la de constitución de la empresa, e incluso la *lex fori*).
3. Ley aplicable a la *arbitrabilidad del litigio* (se rige conforme a la ley del lugar donde ha de ejecutarse el laudo o puede ser la del lugar de la sede del tribunal o la ley escogida por las partes).
4. Respecto del derecho de fondo que debe regir el arbitraje, éste será elegido por las partes en el acuerdo (se aplicará la ley sustantiva o reglas de derecho designadas por las partes, y a falta de éstas el tribunal arbitral aplicará las reglas o leyes de derecho que considere apropiadas).

²⁸ Al respecto es importante resaltar los criterios uniformes seguidos en el Código Panamericano de Derecho Internacional Privado (también conocido como Código de Bustamante, pues fue elaborado por el notable jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén), y que resultó aprobado y ratificado por varios países latinoamericanos en la VI Convención Panamericana celebrada en La Habana en 1928.

Asimismo, la incorporación del arbitraje como solución de conflictos en las transacciones *on line* hace variar la forma en que puede plasmarse entre las partes el convenio. El convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia. Ha de recordarse que en el arbitraje la forma no es requisito *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*.²⁹ Esta regla se mantiene para el arbitraje *on line*. Por ello, aunque el convenio no pueda materializarse de la forma requerida por las partes, dado que el consentimiento en origen y en destino se recogerá por medio de equipos electrónicos e informáticos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos, en los que conste el concurso de la oferta y de la aceptación, dado el carácter mercantil del tráfico *on line*, el convenio de arbitraje se entenderá perfeccionado desde que se contesta aceptando la propuesta (es idéntica solución a la que se recoge en el Convenio de Viena). Entonces, el éxito o fracaso del arbitraje en el comercio electrónico dependerá en gran medida de los elementos probatorios que demuestren tanto su existencia como la aceptación del pacto por las partes.³⁰ Se convierte el convenio arbitral como prueba de la existencia y de la aceptación en un elemento decisivo para poderlo hacer exigible o para pedir su formalización judicial en caso de que no se quiera designar árbitro o no se pusieran de acuerdo en su nombramiento.

Con el CE todas estas consideraciones propias del DIPRI adquieren un matiz especial, puesto que se relacionan mucho con el ámbito contractual y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en un caso evidente de relación jurídica interpersonal, pero con la diferencia de que las partes no sólo están situadas en diferentes países, sino que se agregan otros factores que coadyuvan a su complicación, como por ejemplo, la participación de varios proveedores: de servicios de Internet, de servicios de contenido, de servicios de seguridad de redes, y, por tanto, la posibilidad de ubicación de la información, todo lo cual hace verdaderamente incierto el lugar de celebración o de ejecución del contrato, y por otra parte, que la relación pueda tener efectos en cualquier parte del planeta. Con similares consideraciones pueden verse envueltas situaciones en relación con la

²⁹ Merino Merchán, José F., *El convenio arbitral electrónico*, artículo publicado el 12 de enero de 2001 en el sitio <http://www.injef.com>.

³⁰ *Idem*.

protección de la propiedad intelectual y al consumidor, así como lo relacionado con los orígenes de una transmisión digital y el incumplimiento contractual.

Por otra parte, si las transacciones o comunicaciones en Internet se desenvuelven exclusivamente en el ámbito interno de los Estados, resulta obvia la aplicación de normas nacionales, sobre todo para proteger datos personales de ese país; sin embargo, “tal situación no es la regla, en razón de que con gran frecuencia..., la transmisión de datos se realiza mediante la utilización de nodos colocados en otras zonas del planeta”.³¹

Por suerte o por desgracia, la legislación sobre comercio electrónico es un campo minado de leyes no establecidas y con pocos precedentes. Aún no están claros los efectos que tendrán las leyes locales e internacionales sobre Internet y sobre esta forma de hacer negocios, que crece tan rápido. Esto no significa que la Internet opera en un “vacío jurídico”, sino que “trasciende los espacios territoriales nacionales... y... exige de la cooperación de los Estados y de los propios actores que usan y operan la red”.³²

Debido a esta incertidumbre, es evidente que las empresas que hagan negocios por Internet necesitarán asesoramiento legal, y que el ámbito legal se convertirá en práctica dominante en muchos sectores empresariales nuevos y tradicionales.

La elección de la jurisdicción sobre comercio electrónico implica, por tanto, la necesidad de aplicación de disciplinas de leyes comerciales tradicionales. Muchas empresas *on line* son, en esencia, negocios tradicionales cuya forma de hacer negocios *on line* tiene éxito. Con la legislación sobre comercio electrónico se abre un campo interdisciplinario que incorpora los conceptos tradicionales de contrato, empresa, propiedad intelectual y de otras áreas especializadas. Normalmente engloba la revisión, el análisis y la creación de contratos relacionados con el comercio electrónico, que van desde acuerdos de licencia de *software*, acuerdos de *marketing*, y acuerdos de mantenimiento y asesoramiento, hasta acuerdos de licencias de sitios web. Los acuerdos de confidencialidad y no revelación también son de gran importancia, y deben ser seguidos por los jueces en el proceso.

³¹ Moncayo von Hase, Andrés, “El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional”, *Temas de derecho industrial y de la competencia* 6, Buenos Aires, 2004, p. 340.

³² *Ibidem*, p. 341.

Las nuevas tendencias, desde el punto de vista legislativo-jurisdiccional, es seguir la práctica empresarial de limitarse a ampliar la legislación mercantil actual con el fin de hacer frente al comercio electrónico. Aquí, la armonización es un asunto importante. El concepto de ampliación es muy importante para entender el papel de la legislación existente y probable en un futuro que esté encaminada a desarrollar el comercio en general, incluyendo el comercio electrónico. Esto incluirá la aceptación legal de la documentación electrónica, la eliminación de fronteras y una mayor protección de los consumidores. Es lógico ampliar el mercado único, incluyendo el comercio electrónico, y hacer encajar la división tradicional de la responsabilidad administrativa dentro de la administración pública. Hoy se están produciendo numerosos intentos a nivel internacional de lograr un consenso global sobre las cuestiones principales en el aspecto legal, como el Diálogo Global entre Empresas a partir de las Declaraciones Ministeriales de la OCDE, de octubre de 1998.

No obstante ello, en el orden internacional es posible, por medio de acuerdos y tratados, procurar buscar armonía legislativa de las normas indirectas o de conflicto (propias del DIPRI).³³ Asimismo, existe otro método llamado sistema de uniformidad sustantiva, que se vale de reglas directas³⁴ y es utilizado por los Estados, asumiendo la responsabilidad de adaptar su derecho local o interno a las reglas establecidas.

Por el momento hay que decir que, por todas estas razones, en el contexto del CE la resolución de controversias mediante el DIPRI no ha demostrado eficiencia ni ha alcanzado los niveles esperados, dejando a las partes en un estado de indefensión por jurisdicciones no convenientes o frente a leyes inadecuadas que son potencialmente conflictivas.

Sin embargo, lo cierto es que podemos afirmar que el CE se puede beneficiar al solucionar conflictos con la utilización del arbitraje, pero más usando la mediación. Algunas razones que justifican esta afirmación son las siguientes:

1. Una disputa entre comerciantes en transacciones internacionales lleva el gran riesgo de ser muy costosa al someterse las partes a una jurisdicción extranjera.

³³ Están contenidas en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, y se vale de un nexo o criterio conocido como *punto de conexión* en una relación jurídica donde intervenga el elemento extranjero.

³⁴ Se vinculan a la relación con una consecuencia jurídica, de la cual emana la solución, adoptando un criterio uniforme entre los Estados signatarios.

2. Existe también el gran riesgo de que el procedimiento para darle validez al juicio en el país extranjero sea demasiado tardado.
3. Existe el gran riesgo de que la resolución jurídica (sentencia) no sea respetada o reconocida en el país extranjero.
4. Las relaciones de comercio transfronterizo exigen de un método rápido y eficiente para resolver controversias.
5. Las capacidades de comunicación moderna e instantánea no permiten experimentar con medios de resolución de controversias comerciales tradicionales, por lo cual se necesitan alternativas más sencillas y más ágiles que resuelvan los problemas usando las tecnologías en el campo virtual.

V. APLICACIÓN EN MÉXICO

Hoy en México, en razón del tiempo transcurrido desde que se puso en vigor la materia mercantil, hay muchos aspectos que han demandado urgentes medidas legales, dando lugar a que, junto al Código de Comercio o al lado del mismo, hayan surgido otras leyes, como la General de Títulos y Operaciones de Crédito, la de Organizaciones Auxiliares del Comercio, la General de Sociedades Mercantiles, la de Cooperativas, la de Concursos Mercantiles, la de Instituciones de Seguros, etcétera (por sólo mencionar algunas), que se inscriben con el carácter de leyes especiales mercantiles aplicables en segundo término, o sea, sólo en defecto de disposiciones expresas o de soluciones en dichas leyes especiales.

En nuestro país, la mediación puede ser pública o privada, dependiendo si es administrada por un centro de mediación privado o a través de la regulación del sistema judicial. Si se trata de una mediación privada, ésta puede ser institucional o *ad hoc*. Los centros más destacados en la administración de procesos de mediación son el Centro de Mediación y Arbitraje de Canaco y el Instituto Mexicano de la Mediación. Sobre la mediación pública, en últimos años ha habido una creciente tendencia del Poder Judicial por impulsar el uso de la mediación a través de la creación de centros de justicia alternativa, que dependen de los supremos tribunales de cada entidad federativa. Esto se ha logrado a través de reformas a las leyes orgánicas del Poder Judicial locales y la creación de leyes de justicia alternativa. Estos centros tienen, generalmente, como ámbito de aplicación las materias civil, familiar y material, y establecen lineamientos

básicos de la mediación y un cuerpo certificado de mediadores.³⁵ La ley mexicana considera a la conciliación como un método distinto a la mediación, contemplando que en la conciliación el tercero puede proponer la solución previa a las instancias judiciales en dos instancias: la administrativa y la judicial; en esta última es un paso previo al procedimiento judicial en las materias laboral y civil. En la materia administrativa se procura conciliar los intereses de las partes, como por ejemplo la Procuraduría Federal del Consumidor, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.³⁶

Por último, quisiera puntualizar que en México, las normas legales que rigen el arbitraje comercial son básicamente el Código de Comercio (cuyas reformas fueron incorporadas en 1989 tomando en cuenta principios de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional promulgada por la Uncitral desde 1985),³⁷ las convenciones de Nueva York³⁸ y de Panamá,³⁹ y en forma supletoria a estas últimas la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,⁴⁰ así como la Convención entre los Estados Unidos

³⁵ Von Wobeser y Sierra, S. C., *Guía legal para hacer negocios en México*, México, 2006, p. 369.

³⁶ *Ibidem*, p. 370.

³⁷ En la última actualización realizada en la Uncitral acerca de la *Situación de las convenciones y leyes modelos* (del 7 de julio de 2004), se plantea que se han promulgado leyes basadas en esta Ley modelo en un total de 43 países, incluido México (para más información véase la página de Internet <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>).

³⁸ Desde el 14 de abril de 1971 México se adhirió a esta Convención, que trata sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. La entrada en vigor en nuestro país se dio el 13 de julio de 1971 —aunque fue promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 1971— (para más información véase <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>).

³⁹ En 1978, México ratificó y promulgó esta Convención Interamericana, que introduce una novedad con respecto a la de Nueva York (*op. cit.*, nota 34) en el artículo 3o., donde establece que “a falta de acuerdo expreso entre las partes, el procedimiento que se seguirá en el arbitraje será el establecido en el *Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial*” (véase asimismo la página http://www.panacamara.com/upload/files/pdfs_generales/convencion_panama_1975.PDF).

⁴⁰ Esta Convención, del 8 de mayo de 1979, fue ratificada y promulgada por México en 1987, estableciendo en su artículo 1o., segundo párrafo, que: “las normas de la misma se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención de Panamá” (*op. cit.*, nota 35) (para más información véase la página de Internet <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>).

Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil y mercantil.⁴¹

No obstante, es importante aclarar que México también es parte de varios tratados bilaterales o multilaterales⁴² de libre comercio (como es el caso del NAFTA o TLCAN, en español, por mencionar uno de los más importantes), y basado en la jerarquía en la aplicación de normas (artículo 133 constitucional), éstos (las convenciones o tratados internacionales) están por debajo de la Constitución, pero encima de toda la legislación complementaria o secundaria que emana del Congreso de la Unión.⁴³ Este criterio viene a modificar el anterior, en donde se les daba la misma jerarquía de aplicación.⁴⁴

Por tanto, en materia de arbitraje comercial internacional debemos aplicar primero los tratados y/o convenciones de que México es parte, y en defecto de éstos, el Código de Comercio. No obstante, el derecho mexicano no tiene reglas claras sobre el tipo de controversias que pudieran ser sometidas al arbitraje.

En relación con la mediación, en México, si bien ha existido esta figura incorporada ya en varios códigos y leyes de distintas entidades federativas,⁴⁵ se necesita fomentar programas de educación pública para divul-

⁴¹ Fue publicada en el *Diario Oficial* del 5 de marzo de 1992.

⁴² El 8 de diciembre de 1997 se firmaron en Bruselas, Bélgica, dos acuerdos de suma importancia entre México y la Comunidad Europea: el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación —como Acuerdo Global— y el Acuerdo Interino sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio —como Acuerdo Interino—. Ambos contienen un dispositivo o procedimiento específico para la solución de controversias comerciales, compatible con las disposiciones previstas en el Acuerdo de Marrakech (anexo 2) de la OMC. Para mayor información al respecto véase el análisis hecho por Sequeiros, José Luis, en la *Revista ARS IURIS*, núm. 22-1999, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, México, pp. 209-222.

⁴³ Para más detalles véase novena época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis: P. LXXVII/99, p. 46, que establece “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal”.

⁴⁴ Véase criterio anterior en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe 1981*, Tribunales Colegiados, p. 138.

⁴⁵ Son los casos del estado de Nuevo León (que incorpora la conciliación penal en delitos que se persiguen de oficio —siempre que no sean graves ni las penalidades rebasen los tres años—); el estado de Morelos (que en el Código Penal y adjetivo ya incorpora la conciliación —no sólo durante la instrucción, sino incluso desde la averiguación previa—); el estado de Quintana Roo (que fue pionero en el país al instituir la conciliación, la mediación y el arbitraje como mecanismos-fuentes de solución de controversias a

gar estos métodos de resolución de conflictos, promoviendo así “como valor fundamental en la sociedad que negociar las diferencias a través de la mediación no significa una posición o signo de debilidad entre los interesados... sino... que... ganan tiempo, energía y bienestar... en pos de una cultura de la pacificación”.⁴⁶

Ahora bien, en la exposición de motivos de la iniciativa de ley que derivó en las reformas de CE en México⁴⁷ se señala que *el rápido* “desarrollo de los sistemas informáticos y de comunicación han generado maneras más rápidas para llevar a cabo la actividad comercial, tales como los medios electrónicos modernos que han contribuido a acortar distancias entre los participantes de la misma”. Se destaca que la legislación en materia de comercio y la *lex mercatoria* en el contexto internacional han sido rebasadas, en razón de lagunas legales nacionales que han constituido barreras u obstáculos al comercio, al exigir que para la validez de los actos y contratos mercantiles se utilice el papel. Precisamente mediante el reconocimiento de la contratación vía electrónica se pretende que los actos así celebrados sean igualmente válidos que aquellos celebrados por medio del papel. Por lo tanto, el régimen jurídico mexicano pasa a ser compatible con el derecho internacional en materia de comercio electrónico, logrando así el principal objetivo de estas reformas legales, que es brindar mayor seguridad y certeza en las transacciones electrónicas tanto nacionales como internacionales.⁴⁸

través de la Ley de Justicia Alternativa de 1997); el estado de Colima (cuyo Tribunal Superior de Justicia planteó desde 1999 la justicia conciliatoria y la justicia alternativa como reforma constitucional, sugiriendo la creación del Centro Estatal de Mediación); el estado de Baja California (que inauguró en enero de 2001 el Centro de Mediación con el apoyo del Ejecutivo estatal); los estados de Jalisco y Aguascalientes (que han creado sus respectivos centros de mediación); así como el estado de Querétaro (en mi opinión el de la concepción más integral, pues ha creado todo un marco jurídico que sustenta a la Ley de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, así como el Reglamento del Centro de Mediación que comprenden reformas a la Constitución local, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Procedimientos Penales y reformas en materia civil, familiar y mercantil). Para mayor información al respecto véase Herrera Trejo, Sergio, *La mediación en México*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2001, pp. 63-89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁷ <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>, *op. cit.*, nota 12.

⁴⁸ En este sentido, en octubre de 2006 se presentó para su discusión en el XXX Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado celebrado en el nuevo edificio de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la ciudad de México, un Proyecto de

Asimismo, el uso reiterado del CE como consecuencia del avance tecnológico en la práctica comercial actual y que requiere de mayor certeza y seguridad con un marco legal adecuado, está expresado en:

- Un reconocimiento jurídico a la aplicación de los medios electrónicos.
- Un reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes a través del intercambio electrónico.
- Un reconocimiento a la existencia de los mensajes de datos con carácter aprobatorio.
- Un reconocimiento de la protección legal al consumidor.

Pero en lo que respecta a justicia y su administración por la vía *on line* con la adecuación legal no basta, sino que se necesita actuar. Aplicar un arbitraje o un método alterno *en línea* garantizaría un equilibrio entre los altos costos de la justicia y la autonomía de la voluntad contractual. Es la “norma consensual” la primera que debe facilitar la solución de litigios en el *e-commerce*, pues se alejarían de las normas de procedimiento de un sistema jurídico en particular. Así, “...en un futuro el papel de las asociaciones de comerciantes se combinarían con las grandes plazas de mercado electrónicas,... por lo que... cabe pensar que el arbitraje se transformará en jurisdicción de derecho común”.⁴⁹

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. La aprobación de esta Ley Modelo que facilita el uso del comercio electrónico entre los Estados con sistemas jurídicos, sociales y económicos distintos contribuye al fomento de la armonía y la uniformidad en las relaciones comerciales internacionales.

Código Modelo de Derecho Internacional Privado por parte de dos destacados iusprivatistas mexicanos: los doctores Leonel Pereznieta Castro y Jorge Alberto Silva Silva, en cuya presentación resalta la siguiente frase: “La existencia y aplicación de una ley de derecho internacional privado no es para la comodidad de nuestros jueces, sino constituye principio de justicia para los justiciables, el criterio que debe presidir a todo asunto o controversia” (p. 74).

⁴⁹ Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, 3a. ed., México, McGraw Hill, 2004, p. 51.

2. El complemento de la guía constituye un instrumento útil de orientación a los Estados para su aplicación en el derecho interno, con el fin de garantizar la seguridad jurídica que requiere el procesamiento electrónico de datos en el comercio internacional actual.
3. La posibilidad de incluir nuevas disposiciones en la segunda parte de la Ley Modelo relativa a materias específicas coadyuva a la eliminación de ciertos obstáculos jurídicos y repercute en un mejor desenvolvimiento de las negociaciones futuras en materia de comercio electrónico.
4. Las instituciones del arbitraje (y en particular la mediación) son los medios más eficientes a nivel del comerciante y empresa para garantizar la transparencia y la seguridad en las controversias directas con elemento extranjero, y constituyen dos adiciones importantes a la Ley Modelo, que de concretarse fortalecerían la utilización de las modernas técnicas de comunicación e intercambio electrónico de datos.
5. Una contribución fundamental de la mediación sobre el arbitraje es que brinda a las partes la opción del control absoluto sobre el proceso y la resolución de la controversia por ellos, algo esencial para las transacciones comerciales modernas.
6. Hoy día existe un ambiente favorable entre las naciones y en el comercio en general para iniciar y llevar a cabo un sistema de mediación que resuelva las disputas comerciales (sobre todo en el ámbito de la región europea a partir de que ya es una realidad el modelo de integración logrado) y se debe continuar hasta llevarlo a escala internacional.
7. En América Latina el mecanismo se pudiera introducir en primera instancia, a través de las convenciones suscritas en materia arbitral, tomando en cuenta además los TLC suscritos y luego, con el futuro reconocimiento del ALCA (siempre y cuando resulte una alternativa que involucre a todo el continente), dar pasos más certeros hacia la resolución de conflictos comerciales por estos medios, el cual sería más beneficioso para nuestras empresas, por los escasos recursos con que cuentan.
8. Respecto a México, hay que decir que posee un conjunto de normativas actualizadas, sobre todo aplicables al arbitraje comercial internacional, que perfectamente podrían otorgar reconocimiento a la fi-

gura del mediador como alternativa para solucionar controversias con mayor facilidad en los procedimientos.⁵⁰

9. Se deben dedicar mayores esfuerzos por parte de los países latinoamericanos en general para adecuar su legislación interna a los nuevos conceptos e ideas que propiciarían un uso óptimo de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, particularizando en el logro e implementación de la mediación como una alternativa viable para solucionar diferendos comerciales *on line*.
10. Asimismo, se sugiere, independientemente del sistema jurídico en que sean formalizadas, establecer reglas o normas en materia de mediación, al igual que existe en materia de arbitraje y conciliación⁵¹ para ser adoptadas voluntariamente por los distintos Estados con el fin de asegurar la ejecución de los acuerdos tomados.
11. Por último, recordar que el comercio electrónico es tecnología para el cambio. Las empresas que lo miren como un “añadido” a su forma habitual de hacer negocio obtendrán sólo beneficios limitados, siendo el mayor beneficio para aquellas que sean capaces de cambiar su organización y sus procesos comerciales para explotar completamente las oportunidades ofrecidas por el uso de las transacciones *on line*.
12. Es urgente pues, crear cybertribunales *on line* (en principio pueden estar adscritos a los órganos arbitrales o a las cámaras de comerciantes existentes) donde se asesore legalmente y se resuelvan conflictos mediante arbitraje y el uso de métodos alternos, de preferencia la mediación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA, José M., *Arbitraje comercial internacional*, núm. 5, México, Fontamara-ITAM, consultado en <http://www.bma.org.mx/comercio.htm>.

⁵⁰ Entre otras opciones, existe el Centro de Arbitraje de México (siglas CAM) como institución especializada en la prestación de servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado (que podría incluir la *mediación* y también la conciliación). Para más información visitar el sitio <http://www.camex.com.mx>.

⁵¹ Incluso en época reciente fue publicada la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, aprobada en el 35o. periodo de sesiones de la Asamblea de la Uncitral, celebrada los días del 17 al 28 de junio de 2002 y que puede servir como parámetro a seguir (para más información véase la página web <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>).

- ALLOT, Philip, *The True Function of Law in the International Community*, Earl Synder Lecture in International Law, llevada a cabo en la University School of Law, septiembre de 1997, consultada en <http://www.law.indiana.edu/lglslj/vol5/no2/2allot.htm>.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Estudios de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1993.
- BARRIOS GARRIDO, Gabriela, “Comercio electrónico: ¿vacío legal?”, *Revista Nueva Época*, núm. 29, septiembre de 1998, consultada en <http://www.virtualia.com.mx/980901/articulo/barrios.htm>.
- CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MÉXICO, *Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje de México*, México, Centro de Mediación y Arbitraje Comercial, 1997.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El TLC. Controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002.
- Guía on Line gratuita de Comercio Electrónico*, consultada en <http://www.reingex.com/guia/guiaec.htm>.
- HERRMANN, Gerold y GRAHAM, Luis Enrique, ponencias en *Seminario de Derecho Mercantil Internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, marzo de 1999.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El pacto de arbitraje en la sociedad de la información*, consultado en www.monografias.com.
- MONCAYO VON HASE, Andrés, “El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional”, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Buenos Aires, núm. 6, 2004.
- NACIONES UNIDAS, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997.
- NÚÑEZ, Mirta Susana, “Identidad del mediador”, consultado en www.monografias.com, disponible también en la revista *El Otro* (periódico del ámbito “Psi”), Universidad de Buenos Aires.
- PEREZNIETO, Leonel y SILVA, Jorge Alberto, “Proyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, AMEDIP, núm. 20, octubre de 2006.

- PROAÑO, Ana C. *et al.*, *Globalización y gestión On-line*, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Ciencias Administrativas, en www.monografias.com.
- PUNTOCOM, *Comercio y pagos en Internet*, en <http://www.puntocom.com.mx/index.htm>.
- RIBAS Javier, *Comercio electrónico en Internet: aspectos jurídicos*, España, consultado en www.monografias.com.
- RODRÍGUEZ-CANO, Alberto B., *Apuntes de derecho mercantil*, España, Aranzadi, 2000, tomado del artículo “Comercio electrónico y sujetos del *e-commerce*”, del Diplomado de Derecho UNED Alzira-Valencia, consultado en www.monografias.com.
- RODRÍGUEZ, Luciano A., *La mediación como método alternativo para resolver controversias en el comercio transnacional*, conferencia para el Seminario de Medios Alternos para Solucionar Controversias para Jueces y Empresarios, México, junio de 1999.
- SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- SHAPIRO, Martin, *The Globalization of Law*, en <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol11/shapiro.htm>.
- SILVA SILVA, Jorge A., *Arbitraje comercial internacional en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2001.
- SINGER, Linda, *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, Colorado, Westview Boulder, 1990.
- VON WOBESER, Claus, “La arbitralidad en México”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, AMEDIP, núm. 15, abril de 2004.
- VAN BOOM, W. H. *et al.*, *Foundations of Law On the Internet*, Note, Indiana University School of Law, consultada en <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.htm>.